

NOTAS SOBRE DERECHO Y ASTUCIA

Miguel Angel CIURO CALDANI (*)

En memoria de Nicolás Maquiavelo, filósofo de la astucia, en el 460º aniversario de su muerte (1527 - 1987)

1. Una larga tradición, que tiene entre sus primeros exponentes clásicos a Caliclés (1), ha relacionado ontológicamente el Derecho con la astucia. Según lo refiere Platón, el célebre sofista afirmaba que lo justo es el predominio del fuerte y el Derecho es obra de la astucia de los débiles destinada a impedir el dominio de los fuertes. Sin embargo, en este caso deseamos referirnos a la relación entre Derecho y astucia que se plantea cuando se considera que además de esa astucia, tal vez inherente al Derecho (que le serviría de común denominador) hay diversas posibilidades de empleo de la astucia en la vida jurídica cuya presencia altera sus rasgos aparentes y caracteriza sus áreas y sus momentos particulares.

2. En la perspectiva **jurístico-sociológica**, el empleo de la astucia puede “vaciar” la **voluntad** repartidora del sujeto pasivo, engañado o descubierto en el deseo de engañar, respectivamente en la idea o en los hechos, y puede viciar las formas de los repartos, sobre todo del proceso, la negociación y la adhesión (aunque como posibilidad agudice el ingenio y las riquezas). Su presencia se inscribe en la relación entre los **móviles, las razones alegadas** por los repartidores y las **razones** que la sociedad atribuye al reparto (2). La astucia en el engaño se refiere más a la relación entre móviles y razones alegadas, en tanto que la astucia en evitar el engaño se desplaza más al juego de las razones que la comunidad atribuye al reparto. La astucia es un instrumento de reparto **autoritario directo** que, como tal, se desarrolla al hilo de la imposición y prescindiendo de la ordenanza, realizando —por ese carácter autoritario— el valor poder. Sea bajo la apariencia de un reparto autoritario ordenancista o de un reparto autónomo, que como tal satis-

(*) Investigador del CONICET

- (1) Puede v. acerca del pensamiento del personaje —real o imaginario— Caliclés: PLATON, “Gorgias, o de la retórica”, en “Obras Completas”, trad. Francisco García Yagüe, 2ª. ed., Madrid, Aguilar, 1969 (482 b-484 a), págs. 382 y ss.; también, por ej. FASSO, Guido, “Historia de la Filosofía del Derecho”, trad. José F. Lorca Navarrete, 3ª. ed., Madrid, Pirámide, t. I., págs. 32 y ss.
- (2) V. GOLDSCHMIDT, Werner, “Introducción filosófica al Derecho”, 5ª. ed., Bs. As., Depalma, 1976; CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Derecho y Política”, Bs. As., Depalma, 1976; “Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982-1984; “Estudios Jusfilosóficos”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Filosofía, Literatura y Derecho”, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986; “Comprensión jusfilosófica del “Martín Fierro””, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1984, etc.

face el valor cooperación, la astucia resulta en profundidad vía para el reparto directo, pudiendo hablarse así de un “criptorreparto” del autor del engaño o de un reparto de quien lo evita.

Por su vinculación con las razones que la sociedad atribuye al reparto, la astucia se relaciona especialmente con la ejemplaridad que satisface el valor solidaridad, aunque a través del engaño es posible que haya una “criptoplanificación” gubernamental en marcha, que realiza de cierto modo oculto el valor previsibilidad, bajo la apariencia de ejemplaridad. Cuando divide la apariencia y la realidad del papel de repartidor, la astucia produce anarquía “institucional” donde, aunque se sepa cómo se reparte no se sabe quién reparte; pero al dividir la apariencia y la realidad de los criterios con que se reparte produce anarquía “teleológica” en la que, pese a poder saberse quién reparte no se sabe cómo se reparte. Sin embargo, cuando la astucia evita el engaño excluye las manifestaciones anárquicas que éste produciría. La astucia puede ser, en consecuencia, factor de desorden y arbitrariedad o auxiliar de un orden real, aunque siempre refleja un estado de “beligerancia” ideológica.

Cuando la astucia produce el engaño acrecienta el poder de los repartidores, y cuando evita el engaño constituye un límite necesario del reparto que pretendió valerse de ella. Si la astucia está dirigida al engaño, pretende que una finalidad subjetiva, valiéndose de la fuerza de la finalidad objetiva de los acontecimientos, prevalezca sobre otra; cuando la astucia evita el engaño, impone una mayor correspondencia entre la finalidad subjetiva y la finalidad objetiva.

3. En la perspectiva **jurístico-normológica**, la astucia se relaciona con el ocultamiento o el “desocultamiento” de los **contenidos sociológicos o dikelógicos** de las captaciones normativas, con especial frecuencia, en cuanto a los beneficiarios y los objetos de los repartos, los criterios supremos de reparto y los límites. La astucia suele vincularse con la constitución de los **problemas**, con el **equilibrio** entre las características positivas y negativas del antecedente y la consecuencia jurídica y con la **correspondencia** (no mera yuxtaposición) que debe existir entre los antecedentes y las consecuencias jurídicas de las normas. Una de las principales vías que suele recorrer la astucia es el engaño o el desengaño en relación con la **integración** de la realidad social que producen las captaciones normativas, pudiendo consistir el engaño en la vinculación del reparto con adjudicaciones que deberían serle ajenas, o en la no relación con otras que tendrían que ser vinculadas; en el empleo de conceptos inapropiados o en la producción de materializaciones falsificadoras. Pueden llegar a constituirse a través de la astucia de los repartidores, normas “espectáculo” (3).

La astucia como búsqueda del engaño está frecuentemente presente pretendiendo el ocultamiento de la reelaboración de las normas por vías de interpretación o aplicación aparentes, llevadas a cabo con deslealtad, y la astucia en la línea de evitar el engaño.

(3) Puede c. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Las fuentes de las normas”, en “Zeus”, t. 32, págs. D-103 y ss.

ño interviene al hallar la verdadera interpretación y al evitar aplicaciones viciosas. La teoría del funcionamiento de las normas del **trialismo**, encaminada a mantener constantemente iluminadas las relaciones de las normas con la **realidad social y la justicia**, es a nuestro parecer el más eficaz esfuerzo para evitar, con sana astucia, los engaños que suelen entronizarse sobre todo a través de la interpretación y de la aplicación. Creemos, en cambio, que la llamada teoría pura del Derecho, que parte de la afirmación básica de la “pureza” normativa del Derecho, es —consciente o inconscientemente— el instrumento más idóneo para introducir el engaño en la vida jurídica. Uno de los puntos fundamentales de este engaño es inducirnos a creer que la norma es siempre “un marco abierto a varias posibilidades”; permitiéndose así la irrupción, relativamente subreplicia del encargado del funcionamiento (4).

La astucia en el engaño o en evitarlo se relaciona, de maneras respectivamente inversa o directa, con la **buena fe** (5). El engaño vicia las **relaciones** entre normas que pretende aparentar, realizando una “pseudocoherencia” y una “criptoincoherencia” en el ordenamiento, y en el caso de evitarse el engaño se revelan las verdaderas relaciones entre normas y se muestran sus posibilidades de coherencia real (6). La astucia engañosa de la llamada teoría pura del Derecho se muestra aquí, por ejemplo, en el ocultamiento de la derrota de las normas superiores por las inferiores, que es resultado de un juego de realidades sociales, por la “norma de habilitación”. La astucia en el engaño tiene mayores posibilidades cuando el ordenamiento pretende cerrarse más a la realidad social (en profundidad basándose más en el orden cultural de ésta) a través de su constitución como **sistema**.

En general, la astucia se relaciona muy especialmente con las posibilidades de engaño respecto de la realidad social que permiten las captaciones normativas y con la burla o la satisfacción del valor **verdad**, que esta dimensión del Derecho debe satisfacer. Puede decirse que la dimensión normológica es el mayor soporte que puede tener la astucia engañosa en el Derecho, y la dimensión sociológica la vía necesaria para la astucia que desengaña.

4. En la dimensión **jurístico-dikelógica**, la astucia en el engaño es un punto en que Moral y Derecho se diferencian considerablemente, ya que dada la objetividad del material estimativo del área jurídica, compuesto por las adjudicaciones más que por virtudes y vicios, la astucia tiene un significado menos negativo que en la Moral. La astucia se ubica, por ocultamiento o desocultamiento, en las relaciones entre los valores verdaderos

- (4) KELSEN, Hans, “Teoría pura del Derecho”, trad. Moisés Nilve, Bs. As., Eudeba, 1966, págs. 166 y ss.; v. en general la obra cit., y, por ejemplo, “Teoría geral das normas”, trad. José Florentino Duarte, Porto Alegre, Fabris, 1986.
- (5) La astucia es especialmente significativa en la “materialización” “abogado”.
- (6) Al hilo de las relaciones entre normas entran en juego todos los valores del ordenamiento que les son inherentes.

y las razones que pretenden enmascararlos. El engaño puede producirse y reconocerse al hilo de las diversas falsificaciones de valores, encaminadas a **secuestrar** el material estimativo de **otros valores**, sea por subversión (por ej. jerarquizando al poder o el orden en lugar de la justicia), inversión (v. gr. exagerando las pretensiones de justicia contra las necesidades de poder y orden) o arrogancia (por ej. cuando la justicia se atribuye espacio que corresponde a la utilidad, o viceversa) (7). Al descubrirse el engaño, se evidencian, en cambio, las relaciones legítimas de coadyuvancia o sustitución entre valores.

En general, la astucia, como habilidad en engañar o en evitar el engaño, se desarrolla primariamente en el campo del valor **verdad**. Es hostil al amor y se vincula con la **utilidad**, alterando o descubriendo la relación entre medio y fin. No es sin motivo que Maquiavelo, defensor del poder y de la utilidad, presenta a la astucia como elemento destacado de su estimativa (8). Sin embargo, la última apreciación del valor de la astucia ha de referirse al más alto valor a nuestro alcance, que es la **humanidad** (el deber ser de nuestro ser).

La astucia que tiende al engaño significa un “desvalor” **relativo** y cuando evita el engaño importa un valor también relativo. Como se trata de un “desvalor” relativo, puede ser legitimada (y aproximarse a la destreza) si se la emplea para valores que la merezcan; pero en el caso habitual de no ser legitimada se convierte en **picardía**.

Como los diversos sentidos de la justicia dan lugar a diferentes “**clases**” de justicia, con requerimientos opuestos, el engaño y el desengaño suelen recorrer **los espacios** entre unas y otras (por ejemplo, es posible engañar invocando la justicia general en detrimento de la justicia particular, o viceversa). A su vez, dado que la justicia como valor posee tres despliegues, de valencia, valoración y orientación, el engaño y el desengaño pueden producirse en relación con ellos. El engaño sucede sobre todo con el empleo de **criterios generales orientadores falsos**, respecto del cual el desengaño surge de las valoraciones completas.

El engaño y el desengaño pueden suceder a través del fraccionamiento o el desfraccionamiento de las **influencias** de justicia relacionadas con su función “**pantónoma**” (pan = todo; nomos = ley que gobierna). Tal vez el principal instrumento de la astucia engañosa sea llevarnos a considerar un requerimiento de justicia en detrimento de otro que debería ser desfraccionado o a no tener en cuenta una exigencia de justicia para atender a otra que debería ser fraccionada. Empleando una comparación con la diferente “**gravedad**” problemática que revelan los géneros literarios, podría decirse que el engaño y el desengaño se relacionan con la manipulación de la profundidad “**trágica**”, “**dramática**” o quizás meramente “**cómica**” de las cuestiones. Si bien todo asunto puede ser comprendido desde los tres niveles, suele ser sólo uno el que conduce a su solución va-

(7) Acerca de las investigaciones dikelógicas en que se basan las ideas expuestas, v. también las obras del autor antes mencionadas.

(8) V. MACHIAVELLI, Niccolò, “El Príncipe”, trad. Juan G. de Luaces, en “El Príncipe-Escritos Políticos”, 6ª. ed., Madrid, Aguilar, 1968, cap. XVIII, págs. 152 y ss.

liosa; no hay que “hipertrofiar” ni “hipotrofiar” (podría decirse también “maximalizar” o “minimizar”) los problemas. La astucia mayor en el engaño se alcanza cuando, al hilo de las dificultades para el fraccionamiento justo, se pretende convencernos de que la justicia es una mera opinión.

Como es inherente a la astucia engañosa excluir la autonomía de los protagonistas que la padecen, su intervención aparta la legitimidad subjetiva que puede adquirirse de manera directa por esa vía (sea autónoma, paraautónoma o infraautónoma) y consiguientemente excluye la democracia. Sólo quedan como posibilidades de legitimidad para el repartidor del engaño la “criptoautonomía” y la aristocracia. Un gobernante que accede al poder mediante la astucia engañosa puede resultar relativamente superior al que accede mediante la fuerza física, pero —aunque medien “elecciones”— no puede invocar el acuerdo de los interesados y no es democrático. Le queda principalmente la discutible posibilidad que en relación con el gobierno tiene la legitimidad aristocrática, sea por superioridad moral (en su caso muy difícil), científica o técnica. El repartidor por astucia que no adquiere esos títulos de criptoautonomía o aristocracia es lisa y llanamente “**antiautónomo**” (o sea “de facto” en sentido dikelógico).

La astucia en evitar el engaño es, en cambio, una cualidad positiva especialmente significativa, en relación con la importancia de las adjudicaciones que han de producirse. Su desarrollo, no sólo en los gobernantes sino también en los gobernados, es una exigencia fundamental para el éxito de las diversas formas de gobierno.

La astucia engañosa **aliena** a la víctima respecto del mundo real y mina los cimientos de la **fe** del hombre en el hombre, condenando a la soledad que no tarda en proyectarse también en quienes la practican. En cambio, la astucia para evitar el engaño es una de las cualidades del hombre plenamente personalizado, aunque urge que esta astucia no vaya unida al bloqueo de la agregación amorosa con los demás.

En cuanto al régimen en su conjunto, la astucia engañosa es básicamente **antihumanista**, porque toma a la víctima como medio y no como fin, sea como medio del individuo que la practica, en sí mismo, o del conjunto social (individualismo radical y totalitarismo). Por su parte, la astucia que evita el engaño es, en principio, una exigencia del **humanismo**. La astucia engañosa es favorable al desarrollo de la unicidad del que la practica, pero avasalla la unicidad del que la padece (vinculándose por estas perspectivas con el liberalismo político) y, al negar sobre todo la igualdad y la comunidad de todos los hombres, se opone a la democracia y a la “res publica”. La astucia engañosa es un instrumento de agresión contra el que la padece, en tanto que la astucia para evitar el engaño es un medio de protección para el que la practica.

5. En el marco de la Teoría General del Derecho (entendida como “sistema jurídico”), la astucia se vincula especialmente con el **fraude** (9) y, cuando es engañosa convier-

(9) Puede v. CIURO CALDANI, Miguel Angel, “Perspectivas Jurídicas”, Rosario. Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1985, págs. 29 y ss. Para la mejor comprensión de la significación de la astucia cabe tener en cuenta la teoría de la lesión subjetiva.

te un acto de conocimiento en un acto de enajenación, potenciando la negocialidad al servicio de quien la practica. En cambio, la astucia en evitar el engaño preserva la negocialidad en aras de quien la usa. La astucia es en general más legítima en el marco del **Derecho Patrimonial**, sobre todo en las áreas contractual y comercial, en tanto que resulta menos admisible en ámbitos donde la profundidad de las relaciones personales requiere más lealtad, v. gr. en el Derecho de Familia y el Derecho Sucesorio.

6. La astucia es, en general, un fenómeno profundamente afín al sistema **capitalista**, en cuyo marco la dominación por el uso de la fuerza física suele ser reemplazada por la aparentemente menos agresora práctica de la astucia (10). Asimismo, está más emparentada con los períodos de “**civilización**” e incluso con los tiempos de decadencia, que con las épocas de “**cultura**”. Sus posibilidades de desenvolvimiento se incrementan cuando se entrecruzan diversos estilos de vida, como sucede en países como el nuestro (11).

En el marco político general, la astucia guarda particular relación con la **política económica**, signada por las exigencias del valor utilidad y con la **política científica**, identificable por los requerimientos del valor verdad; en tanto es hostil a la política erológica, individualizable por las exigencias del valor amor.

Quizás pueda afirmarse, en última instancia, que nuestra época, capitalista, civilizada y “científica” es un tiempo de “**socialización**” de la astucia.

- (10) En relación con la “astucia” en el marco de la Filosofía y su crítica, v. por ej. ADORNO, Theodor W., “Dialéctica negativa”, trad. José María Ripalda, Madrid, Taurus, reimp. 1986; “La ideología como lenguaje”, trad. Justo Pérez Corral, 2ª ed., Madrid, Taurus, 1982; “Minima Moralia”, trad. Joaquín Chamorro Mielke, Madrid, Taurus, 1987; también c. por ej. HABERMAS, Jürgen, “Concomio e interés”, trad. Manuel Jiménez, José F. Ivars y Luis Martín Santos, Madrid, Taurus, 1982; FOUCAULT, Michel, “La verdad y las formas jurídicas”, trad. Enrique Lynch, 2ª reimp., México, Gedisa, 1984. Quizás el auge relativo del pensamiento “crítico” en países como el nuestro, necesitados de decisiones enérgicas, sea una “astucia” social engañosa.
- (11) Cabe recordar, por ej., las observaciones de HESSE, Hermann, “El lobo estepario”, trad. Manuel Manzanares, 19ª reimp., Madrid, Alianza, 1986, v. gr., pág. 27.